érudit
www.erudit.org

Article

« Codes et codifications : dialogue avec la common law ? »

Aline Grenon

Les Cahiers de droit, vol. 46, n° 1-2, 2005, p. 53-75.

Pour citer cet article, utiliser l'information suivante :

URI: http://id.erudit.org/iderudit/043828ar

DOI: 10.7202/043828ar

Note : les règles d'écriture des références bibliographiques peuvent varier selon les différents domaines du savoir.

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter à l'URI https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche. *Érudit* offre des services d'édition numérique de documents scientifiques depuis 1998.

Pour communiquer avec les responsables d'Érudit : info@erudit.org

Document téléchargé le 16 novembre 2015 09:07

Codes et codifications : dialogue avec la common law ?*

Aline GRENON**

Les codes québécois et américain, peuvent-ils avoir dans les provinces canadiennes de common law un effet conjugué, et ce, tant sur le fond que la forme ? C'est ce que l'auteure développe dans son article. Dans la première partie, il est question premièrement de la démarche méthodologique utilisée dans les États de tradition de common law en vue de codifier le droit et de l'historique de la codification en Angleterre, aux États-Unis et au Canada. Dans la seconde partie, l'influence américaine et québécoise sur les provinces canadiennes de common law fait l'objet d'une analyse. L'auteure conclut que tout est aujourd'hui en place pour que certaines codifications américaines ainsi que le Code civil du Québec *puissent avoir un effet conjugué sur le droit des provinces canadiennes de common law avec, cependant, une réserve au sujet de la forme. Dans les provinces canadiennes de tradition de common law, il y a lieu de croire que le recours à des lois codificatrices pourra continuer à se limiter à des champs circonscrits, malgré l'élargissement éventuel de ces champs au fur et à mesure que les codifications antérieures seront jugées probantes.*

Is it possible that Quebec and American codifications might have a combined influence on Canada's common law provinces, influencing both

* L'auteure désire remercier Mariane Arrage, du Groupe du bijuridisme, pour son travail de recherche et de révision.

** Professeure agrégée, Programme de common law en français, Université d'Ottawa ; membre du Barreau du Haut-Canada et du Barreau du Québec ; actuellement en détachement, ministère de la Justice Canada, Groupe du bijuridisme et des services d'appui à la rédaction, Direction des services législatifs.

Les Cahiers de Droit, **vol. 46, nos 1-2, mars-juin 2005, p. 53-75**

the substantive law and the manner in which the law is formulated? That is the topic of the article. The first part describes the methodology used in common law jurisdictions to codify law, together with the history of codification in England, the United States and Canada. The second part examines the influence of American codifications and the Civil Code of Québec *on Canada's common law provinces. The author concludes that circumstances are now such that the* Civil Code of Québec *and certain United States codes could influence the law of these provinces, subject however to one reservation. In the common law provinces of Canada, it is likely that recourse to codification will continue to be limited to clearly defined areas of law, although these areas could expand if previous codifications are considered successful.*

Pages

1 La codification dans la tradition de common law 56
1.1 La démarche méthodologique 56
1.2 L'historique de la codification dans la tradition de common law 61
1.2.1 Angleterre 61
1.2.2 États-Unis 63
1.2.3 Canada 65
2 L'influence des codifications américaines et du *Code civil du Québec* sur la common law canadienne 66
2.1 Codifications américaines 67
2.2 *Code civil du Québec* 70
Conclusion 75

L'influence que peut avoir un code moderne tel le *Code civil du Québec*[1] dans d'autres États de droit civil apparaît incontestable. Il y a lieu de s'interroger, cependant, sur l'influence que pourrait avoir ce code dans les territoires de common law, notamment dans les provinces canadiennes où règne cette tradition.

1. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64.

Or, l'influence d'un code peut se manifester à deux niveaux : la forme et le fond. L'influence du Code civil quant à la forme nous apparaît toujours problématique dans le contexte canadien. N'oublions pas que le projet d'un code de la preuve (*Evidence Code*), proposé en 1975 par la Commission de réforme du droit du Canada et dont la démarche méthodologique s'apparentait quelque peu à celle d'un code de droit civil, a connu un échec retentissant[2]. Par contre, pour ce qui est du fond, certaines dispositions du Code civil méritent d'être mieux connues et d'influencer la common law. Celles qui sont relatives aux fiducies en sont un exemple[3]. Ces dispositions, notamment celles qui concernent la création de fiducies perpétuelles, de fiducies d'utilité sociale très souples et de fiducies aux fins d'utilité privée pouvant être utilisées dans un contexte commercial, pourraient peut-être inciter des provinces ou des territoires à modifier le droit dans ce domaine.

D'autres codes, cette fois-ci d'origine américaine, ont et continueront d'avoir une influence sur la common law canadienne, non seulement sur le fond mais également sur la forme. En outre, l'article 9 de l'*Uniform Commercial Code* (UCC) américain a conduit les provinces de common law à codifier le droit des sûretés personnelles[4]. Une voie a donc déjà été tracée. D'autres articles de ce code pourraient aussi avoir une influence, tout comme le nouveau *Uniform Trust Code, 2000* (UTC)[5].

Les traditions juridiques québécoise et américaine peuvent-elles avoir dans les provinces canadiennes de common law un effet conjugué, et ce, tant sur le fond que la forme ? C'est ce que nous entendons développer dans notre article. La première partie décrit la démarche méthodologique utilisée dans les États de tradition de common law en vue de codifier le droit (1.1) et fait brièvement l'historique de la codification en Angleterre, aux États-Unis et au Canada (1.2). Dans la seconde partie, il est question de l'influence des codifications américaines sur le droit des provinces canadiennes de common law (2.1) et de l'influence que pourrait avoir le Code civil sur le même droit (2.2).

---

2. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Rapport sur la preuve*, Ottawa, Information Canada, 1975 ; N. BROOKS, « The Common Law and the Evidence Code : Are they Compatible ? », (1978) 27 *U.N.B.L.J.* 27 ; G. LÉTOURNEAU et S.A. COHEN, « Codification and Law Reform : Some Lessons from the Canadian Experience », (1989) 10 *Statute L.Rev.* 183.
3. Art. 1260-1298 C.c.Q.
4. R.H. MCLAREN, *Secured Transactions in Personal Property in Canada*, 2e éd., t. 1, feuilles mobiles, Toronto, Carswell, 1989, p. 1-1 à 1-4.
5. Il est possible de consulter l'UTC, et d'en commander un exemplaire, dans le site Web suivant : UNIFORM LAW COMMISSIONER, *Uniform Trust Code*, [En ligne], 2005, [www.nccusl.org] (26 avril 2005).

1 La codification dans la tradition de common law

1.1 La démarche méthodologique

Que ce soit dans le contexte du droit civil ou de la common law, il semble n'exister aucune définition du terme « code » à laquelle tous se rallient. Les auteurs paraisssent s'accorder cependant sur les points suivants : un code est constitué d'un ensemble du droit ou d'une partie importante de celui-ci, est la source primaire du droit dans le domaine ciblé, a une force obligatoire qui relève de la loi et est organisé de façon cohérente et systématique[6]. Par ailleurs, en common law, le terme « codification » a deux sens. Il se réfère à une disposition législative précise qui reprend une règle issue de la common law et, dans un sens plus large, à une loi codificatrice qui circonscrit un domaine du droit[7]. La codification en Angleterre du droit relatif à la vente d'objets[8] et les lois sur les sûretés mobilières adoptées dans les provinces de common law canadiennes[9] sont des exemples de codifications au sens large. Pour un civiliste habitué aux codes de très grande envergure, de telles mesures peuvent sembler fort timides et ne pas constituer une véritable codification[10]. Dans le contexte de la common law, cependant, ces lois le sont. Elles répondent certainement aux critères minimaux énoncés ci-dessus : elles s'appliquent à une partie importante du droit (en l'occurrence, un secteur primordial du droit des contrats, le droit relatif à la vente d'objets, d'une part, le droit relatif à l'ensemble des sûretés mobilières, d'autre part), elles sont les sources primaires du droit dans les domaines ciblés, elles ont une force obligatoire et elles sont organisées de façon cohérente et systématique.

Dès le XIX^e^ siècle, la Chambre des lords s'est prononcée de façon concluante au sujet de l'interprétation de telles lois codificatrices :

---

6. G.A. Weiss, « The Enchantment of Codification in the Common-Law World », (2000) 25 *Yale J. Int'l L.* 435, 454-470 ; voir aussi J. Vanderlinden, *Le concept de code en Europe occidentale du XIIIe au XIXe siècle – Essai de définition*, Bruxelles, Éditions de l'Institut de sociologie de l'Université libre de Bruxelles, 1967.
7. P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, 3^e^ éd., Montréal, Thémis, 1999, p. 59-60 ; R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4^e^ éd., Markham (Ont.) et Vancouver, Butterworths, 2002, p. 537. C'est donc dans le sens de « lois codificatrices » que l'auteur emploie le teme « codification » au pluriel.
8. *Sale of Goods Act, 1893*, (R.-U.), 56 & 57 Vict., c. 71.
9. R.H. McLaren, *op. cit.*, note 4, t. 4 et 5 pour les textes complets de ces lois.
10. Voir par exemple G.A. Bermann, « La codification aux États-Unis », *Revue française d'administration publique*, vol. 82, 1997, p. 221.

> I think the proper course is in the first instance to examine the language of the statute and to ask what is its natural meaning, uninfluenced by any considerations derived from the previous state of the law, and not to start with inquiring how the law previously stood, and then, assuming that it was probably intended to leave it unaltered [...].
>
> If a statute, intended to embody in a code a particular branch of the law, is to be treated in this fashion, it appears to me that its utility will be almost entirely destroyed, and the very object with which it was enacted will be frustrated [...] What, however, I am venturing to insist upon is, that the first step taken should be to interpret the language of the statute, and that an appeal to earlier decisions can only be justified on some special ground [11].

La Chambre des lords reconnaissait ainsi le caractère particulier des lois codificatrices et la nécessité d'en respecter l'intégrité. Le recours à la common law antérieure devait donc être limité au strict minimum pour ne pas réduire l'effet de ces lois. Cette mise en garde semble avoir été respectée dans l'ensemble, du moins en ce qui concerne le recours à la common law antérieure à la codification.

Par contre, les tribunaux de common law ont longtemps eu tendance à restreindre la portée de la législation par une interprétation littérale[12]. Il est évident qu'une telle démarche, dans le contexte d'une loi codificatrice, en réduira l'impact. Fort heureusement, il existe un renversement de cette tendance. Un auteur américain se prononce ainsi à ce sujet :

> The style of interpretation seems to have changed in the common law. It has shifted away from the purely literal towards the intentionalist and purposive constructions of statutes, from a narrow-minded attitude towards legislation to a more liberal teleological approach to statutory interpretation. It should be emphasized that this is true not only for the American but also for British legal style[13].

Ce changement de cap s'est aussi manifesté au Canada. Telle est l'opinion de Côté : « Aujourd'hui, la thèse voulant que l'interprète puisse se restreindre à l'exégèse de la seule formule de la loi et faire abstraction du contexte est répudiée nettement aussi bien dans la doctrine que par la jurisprudence[14]. » D'ailleurs, la formule suivante énoncée par Driedger en 1974 a maintes fois été reprise par les tribunaux : « Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context, in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament[15]. » Bien qu'ils ne reprennent pas cette célèbre formule, les tribunaux

---

11. *Bank of England* v. *Vagliano Brothers*, [1891] A.C. 107, 144-145 (Lord Herschell).
12. P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 7, p. 357-386; R. SULLIVAN, *op. cit.*, note 7, p. 1-18.
13. G.A. WEISS, *loc. cit.*, note 6, 526-527.
14. P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 7, p. 369.
15. R. SULLIVAN, *op. cit.*, note 7, p. 1.

adoptent en général cette démarche lorsqu'ils sont appelés à interpréter des lois canadiennes sur les sûretés mobilières, lesquelles sont des lois codificatrices par excellence[16].

Enfin, dans les États de common law, certaines personnes admettent maintenant que les formules générales rendent les lois plus souples[17]. Sans reprendre les célèbres phrases de Portalis, ces personnes reconnaissent, avec des nuances, que « [l']office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquence, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière », car il est impossible de tout prévoir. Ce sera alors aux juges de diriger l'application de ces lois lorsque celles-ci se révèlent insuffisantes, mais ils doivent le faire dans l'esprit de la loi[18].

À partir du jour où il est reconnu dans les États de common law :

— que les lois codificatrices sont des lois autonomes et que le recours à la common law antérieure doit être limité au strict minimum afin de ne pas en réduire l'effet ;

---

16. Voir, à titre d'illustration, *Re Giffen*, [1998] 1 R.C.S. 91, 105-107 ; *International Harvester Credit Corp. of Canada Ltd.* c. *Bell's Dairy Ltd. (Trustee of)*, [1986] S.J. 520 (Sask. C.A.) 204-205 ; *Re Lambert*, (1994) 20 O.R. (3rd) 108, 116-119.

17. Voir Royaume-Uni, *The Preparation of Legislation*, Report of a Committee Appointed by the Lord President of the Council, Londres, Her Majesty's Stationery Office, 1975 (ci-après cité : « rapport Renton ») ; Sir W. DALE, *Legislative Drafting : A New Approach*, Londres, Butterworths, 1977. En Australie, cette question a fait l'objet de débats et a donné lieu à des modifications dans les méthodes de rédaction législative employées dans l'État du New South Wales ; voir D. MURPHY, « Plain English in Drafting Legislation and Regulations », dans *Plain Legal Language for Public Sector Administrators*, Sydney, Parliament House, 29 juillet 1992 [non publié] p. 11-12 : « Parliamentary counsel, at least in NSW [...] obviously have no problem with the Plain English aspects. But we go further and say that we have no problem with general principle drafting : with one rider however. The rider is this, that the adoption of a general principle drafting on a larger scale in any legislative exercise should be a matter of instruction from the instructing agency and the responsible Minister, or at the very least a matter of informed agreement » ; voir aussi L. CAMPBELL, « Legal Drafting Styles : Fuzzy or Fussy ? », [En ligne], 1996, [www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v3n2/campbell.html] (26 avril 2005). Au Canada anglais, il est surprenant de constater que l'utilisation de principes généraux dans la législation dite de « common law » ne semble pas avoir donné lieu à des publications, à l'exception d'un texte d'Elmer Driedger dans lequel il se montre peu enclin à adopter cette approche tout en reconnaissant l'importance de rendre les lois plus présentables et les phrases plus courtes ; voir CANADA, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *A Manuel of Instructions for Legislative and Legal Writing*, Ottawa, Minister of Supply and Services Canada, 1982, p. 551-552, 556, 562, 565.

18. F. EWALD (dir.), *Naissance du Code civil : la raison du législateur*, Paris, Flammarion, 1989, p. 41-42 ; ce volume inclut (p. 35-90) la version intégrale du célèbre discours prononcé par Portalis lors de la présentation du Code civil au Conseil d'État.

— que l'interprétation de ces lois ne doit pas être restreinte par une interprétation littérale, car l'interprétation doit plutôt tenir compte du contexte et du but recherché par le législateur ;

— que l'utilisation de formules générales rend ces lois plus souples et permet d'accroître leur longévité ;

la porte est en principe alors ouverte à des codifications de grande envergure, englobant des domaines complets du droit.

Il existe cependant deux problèmes de taille relatifs aux lois codificatrices dans les États de common law. Premièrement, les juristes formés dans cette tradition se sentent mal à l'aise avec des dispositions législatives qui n'ont pas fait l'objet d'interprétation par les tribunaux. Le réflexe premier est celui de recourir à la jurisprudence, de sorte que des dispositions législatives coiffées de *case law* auront une plus grande légitimité aux yeux de ces juristes. Le résultat est prévisible : à moyen terme, une jurisprudence abondante se greffe à la loi codificatrice et, en raison de la règle du précédent, peut même la dénaturer. Il n'est qu'à consulter un ouvrage sur la vente des biens pour s'en rendre compte[19].

De plus, même si l'utilité de formules générales dans les lois codificatrices commence à être reconnue, le style de la rédaction législative demeure ardu : les énumérations trop souvent inutiles et une abondance de détail sont choses courantes[20]. D'ailleurs, des lois qui au départ étaient rédigées en employant des formules plus générales que celles qui le sont normalement deviennent de plus en plus complexes au fil des modifications. L'évolution de l'article 9 de l'UCC en témoigne. Le commentaire suivant en dit long sur cette évolution :

---

19. Voir par exemple G.H.L. FRIDMAN, *Sale of Goods in Canada*, 5e éd., Scarborough (Ont.), Carswell, 2004, p. 155-200, où il est fait référence à la jurisprudence abondante et parfois irréconciliable relativement aux conditions et aux garanties implicites en matière de vente de biens. D'ailleurs, le *Code civil du Québec* fait face à ce danger. Des recherches que nous avons effectuées au sujet de divers articles du Code révèlent à quel point la jurisprudence s'accumule rapidement. Il s'agit souvent de décisions de première instance qui ne font que répéter ou appliquer un article. Ces décisions sont facilement accessibles de nos jours en raison d'outils informatiques très performants. Or, un trop grand volume de jurisprudence de moindre importance ne fait qu'accroître les difficultés liées à la recherche. Ce volume n'aurait-il pas pour effet, à long terme, de miner l'importance du Code ?

20. En outre, les recommandations du rapport Renton, précité, note 17, concernant le recours aux principes généraux, n'avaient toujours pas été adoptées dix ans après la publication de ce rapport ; voir LORD SIMON OF GLAISDALE, « The Renton Report – Ten Years On », (1985) *Statute. L. Rev.* 133, 134.

> The new Article 9 is a vastly more complex and detailed statute than its predecessors. If the original version did not quite qualify as a true code in the continental civilian style, so much less does the new version. [...] The increased complexity is thought in part to refelct a shift in drafting style in commercial law codification in the United States. The old version of Article 9 stated general principles with limited exceptions. The new version reflects a perceived trend to «more detail, more forks in the road, less elegance, and 'answers' for even more hypothetical cases».[21].

C'est donc dire que certaines habitudes sont bien ancrées et qu'il sera très difficile de les déloger.

Il existe un problème supplémentaire au Canada. Il est ici question d'un système fédéral dans lequel les provinces ont la compétence de légiférer en matière de propriété et de droit civils. Cela peut donner lieu à une multiplicité de lois disparates d'une province à l'autre. Bien qu'existe depuis 1918 la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada (CHLC)[22], organisme voué à l'harmonisation des lois canadiennes, celle-ci connaît un succès mitigé, car au Canada, contrairement aux États-Unis, le poids démographique n'est pas suffisamment élevé pour inciter les gouvernements et les juristes canadiens à travailler de façon concertée et à prévoir les ressources nécessaires en vue d'assurer une législation moderne et relativement uniforme[23].

Il en résulte que les juristes canadiens formés dans la tradition de common law craignent très souvent le recours aux textes législatifs. En plus de l'interprétation d'un ou de plusieurs textes (s'il est question de transactions extraprovinciales) dont la rédaction laisse à désirer, ils doivent par la suite se pencher sur la jurisprudence et la doctrine pertinente afin de bien comprendre les tenants et les aboutissants de la disposition législative. Dans leur esprit, mieux vaut la jurisprudence tout court, assortie d'un ouvrage de doctrine complet et à jour. Malheureusement pour ces juristes, dans les sociétés contemporaines qui sont de plus en plus complexes, la législation est devenue incontournable et les ouvrages de doctrine complets et fouillés se font toujours plus rares — ils sont trop souvent remplacés par de simples compilations de jurisprudence, comportant peu ou pas d'ana-

---

21. R.C.C. Cuming et C. Walsh, «Revised Article 9 of the Uniform Commercial Code: Implications for the Canadian Personal Property Security Acts», (2001) 16 *B.F.L.R.* 339, 386-387.

22. Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, [En ligne], 2005, [www.chlc.ca.] (26 avril 2005).

23. Pour une description détaillée de l'histoire, de la structure et des objectifs de la CHLC, voir J.S. Ziegel, «Harmonization of Private Laws in Federal Systems of Government: Canada, the USA, and Australia», dans R. Cranston (dir.), *Making Commercial Law: Essays in Honour of Roy Goode*, Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 131.

lyse. Dans de telles circonstances, le recours à des codes rédigés en termes relativement clairs et simples, peut-être même assortis de commentaires, comme cela se fait aux États-Unis[24], pourrait s'avérer une solution valable, pour autant qu'il soit possible de surmonter de nombreux obstacles, dont l'inertie et le conservatisme de plusieurs juristes.

1.2 L'historique de la codification dans la tradition de common law

Pour la majorité des juristes, la codification est liée à la tradition de droit civil. Peu de personnes sont au courant de son évolution dans le contexte de la tradition de common law, et c'est pourquoi cette évolution fera l'objet ci-dessous d'un bref survol, bien que cette question ait déjà été approfondie ailleurs[25].

1.2.1 Angleterre

En Angleterre, berceau de la common law, la possibilité d'une codification du droit anglais aurait été soulevée dès le XVI^e^ siècle, bien que le terme «codification» n'ait pas existé à l'époque[26] et qu'il ait plutôt été question d'une systématisation du droit. Au dire de Maitland, durant le règne de Henri VIII (1509-1547), le cardinal Reginald Pole se serait prononcé ainsi au sujet du droit anglais: «a wise prince would banish this barbaric stuff and receive in its stead the civil law of the Romans[27]». La question d'une réforme du droit anglais, y inclus la possibilité d'une codification, a refait surface à diverses reprises durant les XVI^e^ et XVII^e^ siècles, mais ces réformes n'ont jamais vu le jour pour différentes raisons qui relèvent surtout de la conjecture, dont la difficulté de faire adopter par le Parlement des réformes d'une telle ampleur[28]. Selon Maitland, l'existence d'endroits où le droit anglais était transmis, les *Inns of Court*, aurait été un élément capital dans la conservation de la common law[29].

---

24. Voir par exemple l'UTC, précité, note 5.
25. Pour une étude récente qui traite de cette question de façon très fouillée et qui fait référence aux principaux ouvrages dans ce domaine, voir G.A. WEISS, *op. cit.*, note 6. Voir aussi S. HERMAN, «The Fate and the Future of Codification in America», (1996) 40 *Am. J. Legal Hist.* 407; B. DONALD, «Codification in Common Law Systems», (1973) 47 *The Australian Law Journal* 160.
26. Ce terme a été créé par Jeremy Bentham: G.A WEISS, *op. cit.*, note 6, p. 448-449; J. Vanderlinden, *op. cit.*, note 6, p. 46.
27. F.W. MAITLAND, «English Law and the Renaissance», dans H.M. CAM (dir.), *Selected Historical Essays of F.W. Maitland*, Cambridge, University Press, 1957, p. 137.
28. G.A. WEISS, *op. cit.*, note 6, p. 471-474.
29. F.W. MAITLAND, *loc. cit.*, note 27, 144-148.

Il a peu été question de codification durant la plus grande partie du XVIII^e siècle, mais, à partir de la fin de ce siècle, un des grands théoriciens du droit, Jeremy Bentham (1748-1832), a ravivé le débat par de nombreux écrits et une correspondance volumineuse[30]. John Austin (1790-1859) a aussi contribué de façon importante à ce débat et, durant le XIX^e siècle, plusieurs juristes renommés, dont Frederick Pollock, Frederick William Maitland, T.B. Macaulay, Henry Maine et Mackenzie Chalmers, se sont prononcés en faveur de la codification. En Inde, plusieurs domaines du droit ont été codifiés, dont les contrats, les fiducies et le droit pénal, bien que le droit indien n'ait jamais fait l'objet d'une codification générale[31]. En Angleterre, toujours durant la même période, le droit anglais a été codifié dans certains domaines, y inclus le droit relatif aux lettres de change et à la vente d'objet[32]. Cependant, aucun code de nature général n'a vu le jour. Selon un auteur, cela est dû en partie à l'égoïsme de certains juristes et au conservatisme de plusieurs : les premiers craignaient que des changements profonds puissent les désavantager, tandis que les seconds se sentaient à l'aise avec le *statu quo*. Par ailleurs, toujours selon le même auteur, d'autres juristes s'opposaient à la codification de façon plus raisonnée : les difficultés liées à la substitution de la common law (*a law of principle*) par un droit écrit (*a law of language*) ; la prétendue supériorité de la common law, laquelle serait la manifestation de la conscience collective (*common consciousness*) du peuple anglais ; l'incertitude engendrée par une nouvelle formulation de la loi ; et l'appauvrissement du raisonnement juridique si le droit devenait facilement accessible au moyen d'une codification[33].

Les débats et l'activité intenses du XIX^e siècle ont été suivis d'une période de relative accalmie, du moins jusqu'en 1965, alors que l'English

---

30. Voir, à ce sujet, J. VANDERLINDEN, «Code et codification dans la pensée de Jeremy Bentham», (1964) 32 *Rev. hist. dr.* 45.
31. G.A. Weiss, *op. cit.*, note 6, p. 474-486.
32. *Bills of Exchange Act, 1882*, (R.-U.), 45 & 46 Vict., c. 61 ; *Sale of Goods Act*, précitée, note 8.
33. S. AMOS, *Codification in England and the State of New York*, Londres, William Ridgway, 1867, p. 6-24. Voir G.A. WEISS, *op. cit.*, note 6, p. 490-493, où l'auteur résume d'autres explications mises en avant par Werner Teubner dans *Kodifikation und Rechtsreform in England* (premièrement, des raisons liées à la méthode de la common law et au système anglais ; deuxièmement, des raisons d'ordre sociopolitique ; et, troisièmement, le conservatisme des juristes anglais et leur forte représentation parlementaire). Weiss propose aussi ses propres explications : il y aurait eu désaccord sur le contenu plutôt que sur le principe de codification ; dans l'esprit de plusieurs juristes anglais, la codification était issue des idées, jugées trop radicales et révolutionnaires, de Jeremy Bentham et de la France ; enfin, la codification est souvent associée à l'unification nationale et l'Angleterre était unifiée depuis fort longtemps.

Law Commission a été créée. Parmi ses objectifs, notons les suivants : « to take and keep under review all the law [...] with a view to its systematic development and reform, *including in particular the codification of such law* [...] and generally the simplification and modernisation of the law[34] ». Bien que la Commission ait eu des projets de codification ambitieux, dont la codification du droit des contrats et du droit commercial, ceux-ci n'ont pas vu le jour[35]. La Commission travaille actuellement sur des projets plus pointus[36].

Selon un auteur, « England does not have a tradition of codification per se. However, for at least two hundred years it has had a tradition of seriously *considering* codification. Despite many failures, even recent decades have shown that codification has not yet lost its appeal[37]. » Reste à voir ce que le XXI^e^ siècle réserve, maintenant que l'Angleterre est devenue membre de l'Union européenne et que le projet d'un code civil européen est dans l'air.

1.2.2 États-Unis

Parmi les États où règne la tradition de common law, ce sont les États-Unis qui se sont montrés les plus ouverts à la codification. Un auteur a décrit l'évolution de la façon suivante : « America's experience with codification [...] may be described schematically as conscious flirtation (1800-1865), allergic reaction (1865-1910), and in the last few decades (1945-present), a gradual, practically unconscious absorption or accommodation[38] ». Bien que le recours aux codes se soit manifesté dès l'époque coloniale[39], c'est grâce aux travaux de David Dudley Field (1805-1894) que le mouvement vers la codification a pris son essor. Celui-ci a pratiqué le droit dans l'État

34. *Law Commission Acts, 1965*, (U.K.), 1965, c. 22, s. 3 ; l'italique est de nous.
35. Quant aux contrats, voir D. RAISTRICK (dir.), *Law Commission Reports, Collected Edition (Unabridged)*, t. 1, Abingdon, Professional Books Ltd., 1980, p. 6. En ce qui concerne le droit commercial, voir Royaume-Uni, Law Commission, *Seventh Programme of Law Reform*, Londres, The Stationary Office, 1999, p. 7 et Royaume-Uni, LAW COMMISSION, *Eighth Programme of Law Reform*, Londres, The Stationary Office, 2001, p. 6. Ces textes peuvent aussi être consultés sur le site Web suivant : THE LAW COMMISSION, *Welcome to the home page of the Law Commission for England and Wales*, [En ligne], 2005, [www.lawcom.gov.uk] (26 avril 2005). Voir généralement : M. ARDEN, « Time for an English Commercial Code ? », (1997) 56 *Cambridge L.J.* 516 ; G.A. WEISS, *op. cit.*, note 6, p. 493-498.
36. *Eighth Programme Law Reform*, précité, note 35, p. 6-14.
37. G.A. WEISS, *op. cit.*, note 6, p. 498 ; l'italique est de nous.
38. S. HERMAN, *loc. cit.*, note 25, 408.
39. L.M. FRIEDMAN, *A History of American Law*, 2^e^ éd., New York, Simon & Schuster, 1985, p. 90-93 ; G.A.WEISS, *op. cit.*, note 6, p. 498-499.

de New York, où il s'est rendu compte de l'état lamentable du droit à l'époque. Son expérience pratique et ses nombreux voyages en Europe l'ont convaincu que la codification était la solution au problème. Malgré des efforts constants en ce sens pendant plusieurs années, il a connu un succès mitigé dans l'État de New York : seuls un code de procédure civile et un code pénal ont été adoptés. Un code civil a été adopté à deux reprises par la législature, mais des gouverneurs de l'État ont refusé de signer les lois en raison de pressions exercées par le barreau de la Ville de New York. Cependant, les efforts de David Dudley Field ont porté des fruits ailleurs, car plusieurs États ont adopté des codes basés sur ses travaux et cinq États, dont la Californie, ont adopté des codes civils[40].

Le XX^e^ siècle a également été une période fructueuse aux États-Unis en matière de codification, et ce, grâce aux travaux de la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL) et de l'American Law Institute (ALI). Les objectifs de la NCCUSL, fondée il y a plus d'un siècle, sont de rédiger des projets de loi uniformes dans des domaines où l'uniformisation est souhaitable et réalisable ainsi que de promouvoir l'adoption de ces projets auprès des États américains[41]. Quant à l'ALI, cette organisation a été fondée en 1923 suivant les recommandations d'un comité composé d'éminents juristes (juges, avocats et universitaires), inquiets en raison de l'état du droit américain, qu'ils trouvaient trop complexe et incertain. L'objectif de l'ALI, tel qu'il est énoncé dans sa charte, est le suivant : « to promote the clarification and simplification of the law and its better adaptation to social needs, to secure the better administration of justice, and to encourage and carry on scholarly and scientific legal work[42] ». En outre, le comité fondateur a recommandé que l'ALI s'attaque à l'incertitude engendrée par l'état du droit en reformulant celui-ci, du moins dans certains domaines ciblés. Il s'agissait du premier projet entrepris par l'ALI et non le moindre. De 1923 à 1944, l'ALI a produit des reformulations (*Restatements*) du droit dans plusieurs domaines, dont les contrats, les biens et les fiducies. En 1952, l'ALI a commencé la production de la deuxième série de *Restatements*. Les travaux relatifs à la troisième série ont débuté en 1987[43]. Bien que les *Restatements* ne soient pas de véritables codifications, puisqu'elles n'ont aucune autorité législative, leur organisation cohérente et systématique du droit fait en sorte qu'elles sont devenues une source importante, sinon primaire, du droit dans les

40. G.A.Weiss, *op. cit.*, note 6, p. 503-513.
41. Voir Uniform Law Commissioner, *op. cit.*, note 5, pour la référence au site Web de la NCCUSL, sur lequel sont énoncés les objectifs.
42. The American Law Institute, [En ligne], 2005, [www.ali.org] (26 avril 2005).
43. *Ibid.*

domaines ciblés. En ce sens, elles se rapprochent de la codification. Nous pourrions même affirmer qu'elles se substituent souvent à la codification, car, dans un système fédéral comportant un nombre aussi élevé d'États, l'harmonisation par voie législative n'est pas toujours réalisable. Enfin, les *Restatements* peuvent ouvrir la porte à la codification, comme cela s'est produit avec la *Restatement (Second) of the Law of Trusts* qui a servi de fondement et d'inspiration à l'UTC proposé en 2000 par la NCCUSL[44].

Les deux organisations sont engagées dans divers projets de codification, notamment l'élaboration de l'UCC, vaste codification de plusieurs éléments du droit commercial américain, sur lequel elles collaborent étroitement depuis plus d'un demi-siècle. Il est reconnu que l'apport de Karl N. Llewellyn (1893-1962), juriste qui connaissait bien les codifications européennes en raison d'études en Allemagne et en France, a été crucial pour l'élaboration de l'UCC et il est certain que celui-ci a eu recours à certaines techniques propres aux codifications classiques[45].

1.2.3 Canada

En ce qui concerne les provinces et territoires canadiens où règne la tradition de common law, les lois codificatrices anglaises du XIX^e^ siècle semblent avoir été adoptées sans controverse[46], sans doute en raison des liens très étroits qui existaient alors entre le Canada et l'Angleterre. À l'instar de celle-ci, qui n'a toujours pas codifié son droit pénal, le Canada a cependant réussi à le faire en 1892[47]. Au XX^e^ siècle, à l'exception du *Code criminel*[48] et du projet d'un code de la preuve[49], la codification a suscité

44. Voir UNIFORM LAW COMMISSIONER, *op. cit.*, note 5, pour des renseignements au sujet de la genèse de l'UTC.
45. S. HERMAN, *loc. cit.*, note 25, 427-432.
46. Par exemple, en ce qui concerne l'adoption au Canada de la codification anglaise relativement aux lettres de change, voir B. CRAWFORD, *Crawford and Falconbridge Banking and Bills of Exchange*, t. 2, 8^e^ éd., Toronto, Canada Law Book, 1986, p. 1177-1179; quant à l'adoption de la codification relative à la vente d'objet, voir J.D. FALCONBRIDGE, *Handbook of the Law of Sale of Goods*, Toronto, Canada Law Book, 1921, p. 1-4.
47. Voir M. MORIN, «Portalis c. Bentham? Les objectifs assignés à la codification du droit civil et du droit pénal en France, en Angleterre et au Canada», dans COMMISSION DE DROIT DU CANADA, *La législation en question – Mémoires du concours «Perspectives juridiques 1999»*, Ottawa, Commission de droit du Canada, 2000, p. 187-190 (sous la rubrique «L'adoption du code de 1892»).
48. *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46; M. Morin, *loc. cit.*, note 47, pour des références aux principales publications dans ce domaine.
49. Concernant le projet d'un code de la preuve, voir: G. LÉTOURNEAU et S.A. COHEN, *loc. cit.*, note 2; N. BROOKS, «The Law Reform Commission of Canada's Evidence Code», (1978) 16 *Osgoode Hall L.J.* 241; N. BROOKS, *loc. cit.*, note 2; K.L. CHASSE, «The Meaning of Codification», (1976) 35 *C.R.N.S.* 178.

peu d'écrits, du moins dans le contexte de la common law[50]. En outre, bien que le droit relatif aux sûretés mobilières ait fait l'objet d'une réforme en profondeur et qu'il soit maintenant codifié suivant le modèle de l'article 9 de l'UCC, les termes « codes » et « codification » ont rarement été employés pour décrire ces lois.

Selon une école de pensée, la culture de la common law serait aux antipodes de la codification[51]. Or, bien qu'il soit vrai que les efforts de codification en Angleterre aient donné lieu à des résultats mitigés, il n'en demeure pas moins que la codification dans les États de common law est un moyen reconnu d'énoncer le droit et qu'elle a remporté un certain succès. Par exemple, aux États-Unis, aucun juriste ne désire retourner en arrière et se retrouver sans les repères fournis par l'UCC, tandis qu'au Canada il est inconcevable que le droit criminel ne soit pas codifié. Le droit n'est surtout pas à l'abri du phénomène évolutif, lequel se révèle à la fois incontournable et imprévisible. Le droit ne peut demeurer figé au seul motif qu'une évolution dans un certain sens serait contraire à la culture sous-jacente. Cette dernière est aussi appelée à évoluer, notamment en raison de pressions sociales et politiques.

2 L'influence des codifications américaines et du *Code civil du Québec* sur la common law canadienne

Depuis que le droit d'interjeter appel des décisions de la Cour suprême du Canada devant le comité judiciaire du Conseil privé a pris fin en 1949, le Canada s'éloigne progressivement du modèle anglais. Lent au départ, ce processus s'accélère maintenant que l'Angleterre est membre de l'Union européenne et que les liens économiques entre le Canada et les États-Unis

---

50. Pour une étude relative à la codification au Canada, en Angleterre et en France, bien que l'importance soit plutôt accordée à la codification du droit pénal, voir M. MORIN, *loc. cit.*, note 47. La possibilité que le droit des fiducies fasse l'objet d'une codification a cependant donné lieu à des écrits à trois reprises : ONTARIO LAW REFORM COMMISSION, *Report on the Law of Trusts*, t. 1, Toronto, Ministry of the Attorney General, 1984, p. 12-21 ; B.D. STAPLETON, « Codification of Trust Law : Who Needs It ? », dans *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec – Actes des Journées louisianaises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p. 73 ; A. GRENON, « Of Codifications, the Uniform Trust Code and Quebec Trusts : Lessons for Common Law Canada ? », (2004) 23 *E.T.P.J.* 237.

51. Voir par exemple : P. LEGRAND, « Codification and the Politics of Exclusion : A Challenge for Comparativists », (1998) 31 *U.C. Davis L. Rev.* 799, 803-807 ; P. LEGRAND, « Against a European Civil Code », (1997) 60 *Mod. L. Rev.* 44 ; P. LEGRAND, « Sens et non-sens d'une codification réformatrice du droit européen », *Revue française d'administration publique*, vol. 82, 1997, p. 227.

s'accroissent. Le droit de l'Angleterre était auparavant la source d'inspiration pour la common law canadienne, mais son importance s'estompe. D'où proviendront les modèles à suivre pour l'avenir ? Il est évident que le droit américain, dont l'influence se fait déjà sentir au Canada, aura un rôle de plus en plus déterminant à jouer. Cependant, le droit québécois, renouvelé par l'entremise du *Code civil du Québec*, pourrait aussi avoir une influence dans certains domaines. En plus d'une influence sur le fond, les droits des États-Unis et du Québec laissent tous les deux une très grande place aux codes, d'où la possibilité que les provinces de common law, outre une influence quant au fond, subissent de plus en plus une influence quant à la forme, en adoptant les lois codificatrices comme méthode pour énoncer le droit. Ainsi, l'influence américaine et québécoise fera l'objet de commentaires et d'analyse dans la seconde partie de notre article.

2.1 Codifications américaines

De grands efforts ont été consacrés en Amérique du Nord, notamment durant la seconde partie du XX^e^ siècle, à la simplification, à la rationalisation et à l'uniformisation du droit des sûretés mobilières. Des réformes s'imposaient, puisque ce droit était devenu désuet et répondait mal aux pratiques commerciales modernes qui exigent une grande souplesse en matière de financement. La première tentative de rationalisation dans ce domaine a eu lieu aux États-Unis et s'est concrétisée dans l'article 9 de l'UCC, édicté en 1952[52]. L'Ontario a été la première province canadienne à adopter une loi inspirée du modèle américain, la *Personal Property Security Act*[53] (PPSA) et les autres provinces ont suivi[54], à l'exception du Québec. Avant l'adoption par les provinces de common law de telles lois, il existait dans chacune de ces provinces plusieurs lois régissant les sûretés mobilières, lesquelles comportaient des modalités d'application différentes quant au fond, à la forme, à la publication et aux recours. La common law demeurait en arrière-plan. Les PPSA ont mis fin à cette multiplicité de lois, d'actes de procédure et de recueils de jurisprudence de sorte que, aujourd'hui, dans les provinces de common law, toute personne qui désire obtenir une sûreté sur un bien meuble et la rendre opposable à des tiers doit se conformer aux dispositions de la PPSA pertinente. Ces lois comportent des règles relatives

52. La première version a reçu l'approbation de L'ALI, de la NCCUSL et de l'American Bar Association en 1952. Cette version a été remaniée de façon importante en 1972 et encore en 1999. La version actuelle de l'article 9 est actuellement en vigueur dans tous les États américains : UNIFORM LAW COMMISSIONER, *op. cit.*, note 5.
53. *Personal Property Security Act*, L.O. 1967, c. 73 ; cette loi est entrée en vigueur le 1^er^ avril 1976. Elle a été remplacée par L.O. 1989, c. 16 ; L.R.O. 1990, c. P.10.
54. R.H. MCLAREN, *op. cit.*, note 4.

au droit international privé, à la formation du contrat, à l'opposabilité de la sûreté mobilière, aux règles de priorité, aux droits et recours de la partie créancière en cas de défaut de la part de la partie débitrice de même qu'aux obligations de la partie créancière. Les biens de consommation peuvent aussi faire l'objet de sûretés mobilières, mais des règles particulières s'appliquent dans ces circonstances. À la lumière de cette description fort succincte, le lecteur aura compris que les PPSA sont manifestement des lois codificatrices. D'ailleurs, l'influence de l'article 9 de l'UCC sur le droit des provinces de common law a été maintes fois reconnue.

Une autre partie de l'UCC, l'article 2 sur les ventes, a également suscité de l'intérêt au Canada, bien qu'il n'ait pas donné lieu encore à des résultats concrets. La Commission de réforme du droit de l'Ontario, dans un rapport sur la vente des biens[55], s'est inspirée de plusieurs éléments provenant de l'article 2 pour ses recommandations[56]. Elle s'est d'ailleurs posé la question à savoir s'il y avait lieu pour l'Ontario d'adopter un code commercial calqué sur le modèle américain, et la réponse qu'elle donne démontre une réelle ouverture à l'égard de ce sujet :

> We are not ready to commit ourselves to a firm view at this juncture, but we believe the question should be seriously considered upon completion of the revision of the Sale of Goods Act, if not indeed before. Several factors militate in favour of such a step. In the first place, Ontario has already been strongly influenced by [...] the *Uniform Commercial Code* [...] Secondly, the law of documents of title in Ontario is in a state of considerable confusion and in need of clarification and modernization [...] Finally, the existence of disparate commercial Acts, however admirable the Acts may be in their own right, always creates the danger of inconsistencies and overlapping in their treatment of common issues. To a considerable extent this problem already exists. The integration of the several Acts in a single Code would reduce this danger and make the law more accessible and, it is to be hoped, more certain[57].

Bien que les recommandations de la Commission soient demeurées lettre morte, nul doute que l'article 2 aura une influence réelle le jour où des démarches seront entreprises au Canada pour modifier ce domaine du droit.

---

55. Ontario Law Reform Commission, *Report on Sale of Goods*, t. 1, Ontario, Ministry of the Attorney General, 1979.
56. La première recommandation faite par la Commission dans son rapport, *supra*, note 55, est la suivante (p. 32) : « Ontario should adopt a revised Sale of Goods Act that borrows heavily from Article 2 of the American *Uniform Commercial Code* but is not simply a copy of this Article. »
57. *Id.*, p. 31.

Une autre loi codificatrice qui pourrait, en temps et lieu, avoir une influence sur la common law canadienne est l'UTC[58]. Dans le domaine des fiducies, un code uniforme a désormais préséance sur la common law dans les États américains où il a été adopté[59]. Les grandes lignes de cette codification ont récemment fait l'objet d'un article au Canada, dans lequel une invitation a été lancée aux juristes visés pour qu'ils examinent la possibilité de rédiger une loi codificatrice uniforme dans ce domaine[60].

En outre, l'influence américaine se fait sentir par l'entremise de la CHLC. Celle-ci a mis en place une stratégie relative au droit commercial, dont l'objectif est de moderniser et d'harmoniser le droit commercial au Canada, en vue de créer une structure complète de ce droit[61]. Sur le site Web de la CHLC, il est précisé ce qui suit :

> Les éléments clés de la Stratégie sont divisés en deux grandes catégories : le droit commercial réglant l'activité des particuliers, et le droit de l'exécution forcée. La première catégorie englobe des domaines tels que la vente de marchandises, la vente de marchandises à l'échelle internationale, les opérations garanties, les opérations garanties sous le régime des lois fédérales, les privilèges commerciaux, les titres documentaires (y compris les récépissés et les connaissements), la détention et le transfert de titres de placement, le commerce électronique, le bail et le crédit-bail, l'attribution de licences en matière de propriété intellectuelle, les effets de commerce négociables et la divulgation du coût du crédit[62].

Cette stratégie comporte plusieurs volets. En outre, la CHLC travaille en collaboration avec les Autorités canadiennes en valeurs mobilières (Canadian Securites Administrators) en vue d'élaborer une loi uniforme sur le transfert des valeurs mobilières (*Uniform Securities Transfer Act*), laquelle serait harmonisée avec l'article 8 de l'UCC[63].

---

58. UNIFORM LAW COMMISSIONER, *op. cit.*, note 5.
59. En date du 26 avril 2005, l'UTC avait été adopté dans dix États : UNIFORM LAW COMMISSIONER, *op. cit.*, note 5.
60. A. GRENON, *loc. cit.*, note 50.
61. Cette stratégie a été adoptée par la CHLC en 1998 à la suite de consultations auprès de représentants des différents gouvernements (provinciaux, fédéral et des territoires), du milieu des affaires, d'organismes chargés de la réforme des lois, du milieu universitaire et autres : CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA, *op. cit.*, note 22, sous la rubrique « Stratégie du droit commercial ».
62. *Id.*, sous la rubrique « Stratégie du droit commercial/Le droit commercial réglant l'activité des particuliers ».
63. *Id.*, sous la rubrique « Stratégie du droit commercial/Le droit commercial réglant l'activité des particuliers/Transfert de valeurs mobilières détenues indirectement ». Voir aussi E.T. SPINK et M.A. PARÉ, « The *Uniform Securities Transfer Act* : Globalized Commercial Law For Canada », (2004) 19 *B.F.L.R.* 321.

Toujours en vertu de cette stratégie, il est également question des répercussions éventuelles de la récente révision de l'article 9 de l'UCC sur les lois canadiennes en matière de sûretés mobilières et des études évaluent la version révisée de cet article à la lumière de la pratique commerciale canadienne actuelle concernant les marchés de financement garanti et des politiques touchant ces marchés[64]. Ces études ne constituent que la première étape. En temps et lieu, il est fort probable que des révisions seront apportées à la législation canadienne en la matière, révisions en effet dictées par les dispositions américaines.

Dans une autre étude qui apparaît sur le même site, il est question du droit relatif à la location commerciale au Canada[65]. Les énoncés suivants font partie des conclusions :

— bien qu'il y ait un besoin urgent pour une loi sur le bail qui serait exhaustive et complète, semblable à l'article 2A de l'UCC, la concrétisation d'une telle loi est pratiquement impossible dans un contexte canadien ;

— par ailleurs, l'étude indique qu'un projet qui serait possible et utile pourrait être la création d'une loi sur le crédit-bail qui viserait surtout la relation tripartite dans une opération de crédit-bail.

Cette dernière recommandation incite à la réflexion. Alors que le droit civil québécois régit la relation tripartite entre le crédit-bailleur, le crédit-preneur et le vendeur du bien (art. 1842-1850 C.c.Q.), la common law canadienne est déficiente à cet égard. Pourrait-il s'agir ici d'une influence provenant du droit civil québécois ? Cela est fort possible, car plusieurs juristes québécois participent aux travaux de la CHLC.

2.2 *Code civil du Québec*

Que le Québec ait réussi à adopter un nouveau code civil relève de l'exploit. Bien que le défi ait été de taille, la réussite, essentielle, a été au rendez-vous. S'il n'avait pas été possible pour le Québec de remplacer son ancien code, devenu vétuste, il risquait de perdre peu à peu sa tradition de droit civil et d'être submergé par la common law. Le Code civil serait

64. CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA, *op. cit.*, note 22, sous la rubrique « Stratégie du droit commercial/Le droit réglait l'activité des particuliers/Opérations garanties.

65. T. BUCKWOLD, « Le droit applicable à la location commerciale au Canada », dans CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA, *op. cit.*, note 22, sous la rubrique « Stratégie du droit commercial/Le droit commercial réglant l'activité des particuliers/Bail et crédit-bail ».

devenu une loi parmi d'autres et la jurisprudence aurait pris de plus en plus d'ampleur.

Cependant, les retombées du nouveau code ne sont pas limitées exclusivement au Québec. Dans le contexte d'une fédération, un tel renouvellement juridique doit nécessairement avoir un effet sur la législation fédérale. Puisque les efforts entrepris par le gouvernement fédéral pour harmoniser sa législation avec le droit provincial sous-jacent ont fait l'objet d'une description détaillée ailleurs[66], il n'y a pas lieu de faire ici un examen approfondi des mesures adoptées et des résultats qui en découlent. Il suffit de dire que plusieurs lois fédérales utilisent le droit privé des provinces, c'est-à-dire le droit en matière de propriété et de droits civils, comme toile de fond. Puisque le droit en matière de propriété et de droits civils repose sur le droit civil au Québec et la common law ailleurs au Canada, ces lois fédérales sont décrites comme « bijuridiques ». Or, même avant l'entrée en vigueur du nouveau code, les problèmes d'harmonisation entre la législation fédérale et le droit privé provincial, notamment celui du Québec, avaient fait l'objet de commentaires et de critiques[67], et il était évident que l'adoption d'un nouveau code ne ferait qu'exacerber ces difficultés. Le moment était donc venu de revoir la législation fédérale pour assurer son harmonisation avec le droit privé du Québec. Par la même occasion, le gouvernement fédéral en a profité pour revoir l'interaction de sa législation avec le droit des autres provinces, en particulier pour la common law d'expression française. Ce processus, qui a été instauré en 1993 et qui a débuté officiellement en 1997, se poursuit toujours et a donné lieu à l'harmonisation de plusieurs lois fédérales[68].

Plus important encore aux fins de la thèse développée dans notre texte, les articles 8.1 et 8.2 de la *Loi d'interprétation*[69] énoncent ce qui suit :

---

66 Voir notamment *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien*, 2e éd., Ottawa, Ministre de la Justice Canada, 2001, 9 fascicules ; *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien*, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 1997. Pour un excellent résumé du processus, voir M.-C. GAUDREAULT, « Bijuridisme législatif : fondements et mode d'emploi », (2003) 24 *R.P.F.S.* 759. Plusieurs des textes qui font partie de ces recueils peuvent être consultés sur le site Web suivant : SITE DU BIJURIDISME LÉGISLATIF CANADIEN, [En ligne], 2005, [www.bijurilex.qc.ca] (26 avril 2005).

67. J.-M. BRISSON, « L'impact du Code civil du Québec sur le droit fédéral : une problématique », (1992) 52 *R. du B.* 345.

68. Voir, par exemple, la *Loi d'harmonisation no1 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2001, c. 4 et la *Loi d'harmonisation no 2 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2004, c. 25.

69. *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21.

> 8.1 Le droit civil et la common law font pareillement autorité et sont tous deux sources de droit en matière de propriété et de droits civils au Canada et, s'il est nécessaire de recourir à des règles, principes ou notions appartenant au domaine de la propriété et des droits civils en vue d'assurer l'application d'un texte dans une province, il faut, sauf règle de droit s'y opposant, avoir recours aux règles, principes et notions en vigueur dans cette province au moment de l'application du texte.
>
> 8.2 Sauf règle de droit s'y opposant, est entendu dans un sens compatible avec le système juridique de la province d'application le texte qui emploie à la fois des termes propres au droit civil de la province de Québec et des termes propres à la common law des autres provinces, ou qui emploie des termes qui ont un sens différent dans l'un ou l'autre de ces systèmes.

Constituant un guide en matière d'interprétation de la législation fédérale bijuridique, ces articles reconnaissent officiellement le bijuridisme canadien et les nombreux liens qui existent entre la législation fédérale et le droit privé des provinces en matière de propriété et de droits civils. L'article 8.1 consacre l'autorité de la common law et du droit civil en confirmant que les deux sont sources de droit en matière de propriété et de droits civils. Ainsi, sauf « règle de droit s'y opposant », ce sont les règles, principes et notions en vigueur dans la province au moment de l'application du texte qui servent de toile de fond à la législation fédérale. À l'article 8.2, il est plutôt question de la terminologie employée dans un texte législatif fédéral pour décrire la norme de droit privé. Cette terminologie doit être entendue dans un sens compatible avec le système juridique de la province où le texte est appliqué, encore une fois, sauf « règle de droit s'y opposant ».

En consacrant ainsi l'autorité de la common law et du droit civil, le gouvernement fédéral reconnaît l'importance des deux traditions, lesquelles sont placées sur un pied d'égalité. Cela devrait mettre fin à l'empiétement de la common law sur le droit civil dans les champs de compétence fédérale[70] et conserver l'intégrité du droit civil.

---

70. A. MOREL, « La rédaction de lois bilingues harmonisées avec le droit civil », dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien*, *op. cit.*, note 66, p. 331 (au sujet d'une formulation devenue l'article 8.2 de la *Loi d'interprétation*) : « Une telle directive, qui devrait naturellement trouver place elle aussi dans la *Loi d'interprétation*, contribuerait à coup sûr à soutenir efficacement une meilleure harmonisation des lois fédérales avec chacun des deux systèmes juridiques en vigueur. Pour le Québec en particulier, elle permettrait notamment de faire échec à une attitude qui se manifeste occasionnellement dans la pratique et dans la jurisprudence et qui consiste à donner aux notions civilistes utilisées dans la loi fédérale une signification qui coïncide avec les notions de common law au motif que la loi devrait produire le même effet partout au Canada. Pourtant, la mise en œuvre d'une politique de bijuridisme devrait plutôt assurer la coexistence harmonieuse des deux systèmes de droit et non pas encourager « l'infiltration progressive de la common law en droit civil québécois par les voies législatives et jurisprudentielles ». »

Cependant, il y a plus encore, selon nous : dans les cas où les tribunaux arriveront à la conclusion qu'une règle de droit s'oppose à l'application du droit civil au Québec et de la common law ailleurs au Canada, et donc qu'une règle uniforme s'impose pour l'ensemble du pays, l'article 8.1 fait échec à l'application automatique de la common law comme règle uniforme. Désormais, les tribunaux devront tenir compte des solutions proposées de part et d'autre (par la common law et le droit civil) et choisir celle qui est la mieux adaptée au problème et qui répond à l'intention du Parlement. Dans une telle optique, le *Code civil du Québec* pourrait avoir un effet sur l'ensemble du pays, et ce, par l'intermédiaire d'une législation fédérale dont la portée est uniforme[71].

Outre son influence sur la législation fédérale, nous croyons que le *Code civil du Québec* aura une influence croissante sur le droit des provinces canadiennes de common law. Un droit renouvelé dans une province canadienne doit nécessairement avoir un effet sur ses voisins et partenaires commerciaux. Dans le contexte de leurs relations, ces derniers doivent prendre connaissance de ce nouveau droit, ne serait-ce que sommairement. Ce faisant, les comparaisons deviennent inévitables — c'est là un réflexe humain — et cela peut donner lieu à un remaniement du droit ailleurs. En plus, il existe au Canada un nombre croissant de personnes ayant une formation bijuridique et donc une connaissance approfondie des deux traditions. Bien qu'il soit à prévoir qu'un certain nombre délaissera sans doute une de ces traditions pour travailler exclusivement dans l'autre, d'autres auront l'occasion de travailler systématiquement dans les deux, que ce soit au sein de cabinets juridiques, de la fonction publique, des facultés de droit ou de la magistrature. Ces juristes seront en mesure d'influencer le droit au Canada de multiples façons : par exemple, pensons à leur présence au sein de la CHLC, à l'influence qu'ils exerceront par la publication d'articles de droit comparé, par leur participation aux programmes d'enseignement transsystémiques ou nationaux et par la rédaction de jugements qui tiennent compte des deux traditions[72].

---

71. Cette question fait l'objet d'une analyse plus poussée dans A. GRENON, « The Interpretation of Bijural or Harmonized Federal Legislation : *Schreiber* v. *Canada (A.G.)* », (2004) *R. du B. can.* 131.

72. Ce processus a d'ailleurs débuté. Un recensement que nous avons effectué récemment pour une bibliographie sélective de droit comparé canadien démontre que le nombre d'articles de droit comparé a augmenté sensiblement au cours des dernières années, et ce, dans différents domaines ; voir par exemple : S. BEAULAC, « A Comparative Look at Punitive Damages in Canada », (2002) 17 *Sup. Ct. L. Rev.* (2d) 351 ; J. DUBÉ, « Les dommages-intérêts en cas d'inexécution de contrat : une comparaison entre le droit civil québécois et la common law anglo-canadienne », (2003) 52 *R.D. U.N.-B.* 57 ; A. GRENON, *loc. cit.*, note 50 ; L. KHOURY, « The Liability of Auditors beyond Their Clients : A

Enfin, l'influence du *Code civil du Québec* ailleurs au Canada pourra se manifester de façon encore plus pointue. Une équipe de juristes venant de six facultés de droit canadiennes a récemment été créée dans le but d'élaborer un ouvrage en deux volumes présentant la common law canadienne et le droit civil québécois dans une perspective de droit comparé[73]. Il est question de rédiger un volume en français sur la common law, texte qui s'adressera aux civilistes, et un en anglais sur le droit civil, texte qui sera destiné aux juristes de common law. Certains domaines du droit privé seront privilégiés, soit les biens, les fiducies, les contrats et la responsabilité civile extracontractuelle, ces domaines reflétant bien, tant dans le contexte du droit civil que dans celui de la common law, l'esprit des deux traditions juridiques. Un chapitre introductif dans chaque volume permettra de situer les deux traditions canadiennes non seulement dans leur contexte juridique et politique, mais également dans leur propre contexte social, économique et culturel. Enfin, dans chaque volume, un chapitre sur le droit international privé viendra clore le tout.

La méthode utilisée est novatrice et adaptée aux besoins canadiens. En outre, chaque personne responsable de la rédaction d'un chapitre (par exemple, le chapitre sur les biens en common law) travaillera de concert avec son homologue chargé de la rédaction du chapitre équivalent dans l'autre volume. Notons que, tout en étant spécialistes dans leurs domaines respectifs, ces auteurs ne sont pas nécessairement des comparatistes, d'où la nécessité pour eux de collaborer étroitement. Pour chaque chapitre, après avoir exposé brièvement les règles propres à leurs domaines respectifs, les auteurs mettront en évidence des éléments importants de divergence ou de similitude. Ces éléments seront soumis à l'analyse, à la comparaison et à la critique. Les auteurs seront invités à réfléchir sur l'influence que pourrait avoir *l'autre* système de droit sur le domaine à l'étude. Par exemple, la

---

Comparative Study », (2001) 46 *McGill L.J.* 413 ; S.D. SUGARMAN, « A New Approach to Tort Doctrine : Taking the Best from the Civil Law and Common Law of Canada », (2002) 17 *Sup. Ct. L. Rev.* (2d) 375. Quant aux programmes d'enseignement, voir A. GRENON, « La mondialisation progressive des facultés de droit au Canada », (2001) 31 *R.G.D.* 741. Enfin, en ce qui concerne l'apport des tribunaux, notamment de la Cour suprême du Canada, voir H.P. GLENN, « Comparative Law and Legal Practice : On Removing the Borders », (2001) 75 *Tul. L. Rev.* 987 : « The Supreme Court of Canada has now abandoned an early twentieth-century policy of national legal uniformization in favor of deliberate support of both traditions through the use of a broad range of comparative material, requiring counsel to address both civil and common law sources in cases from each tradition. »

73. Pour des renseignements supplémentaires au sujet du projet, voir : *Bijuridisme canadien : études en droit comparé*, [En ligne], 2005, [www.compare.law-droit.ca] (26 avril 2005).

classification traditionnelle « contrats/délits » en common law pourrait-elle être écartée en faveur d'une taxinomie fondée sur la notion d'obligations ? Les fiducies finalitaires caritatives et non-caritatives de common law pourraient-elles subir l'influence des fiducies équivalentes du *Code civil du Québec* (les fiducies d'utilité sociale ou privée) ? Une telle réflexion exigera des auteurs qu'ils sortent des sentiers battus et qu'ils délaissent leurs façons habituelles de voir les principes de droit qui leur sont familiers. Les juristes canadiens issus d'une tradition en particulier pourront ainsi acquérir une connaissance plus approfondie de l'autre, ce qui leur permettra d'amorcer ou de poursuivre une réflexion critique sur certains éléments de leur propre tradition, d'en repérer les forces et les faiblesses, voire, en temps et lieu, d'en modifier certaines composantes afin de remédier aux lacunes devenues apparentes à la suite de cette réflexion.

Bien que l'influence de la common law soit omniprésente au Québec, l'influence du droit civil ailleurs au Canada est beaucoup plus restreinte. Ce projet contribuera au rayonnement du droit civil québécois ailleurs au Canada et donnera lieu à un dialogue accru entre les deux traditions. Il va sans dire qu'un tel projet aurait été impensable avant l'adoption du *Code civil du Québec*.

Conclusion

Reformulons donc la question posée dans l'introduction : les codes américains et québécois pourraient-ils avoir, tant sur le fond que la forme, un effet conjugué sur le droit des provinces canadiennes de common law ? Nous croyons que tout est aujourd'hui en place pour que cela se produise. Il est cependant nécessaire d'émettre une réserve au sujet de la forme : dans les provinces canadiennes de tradition de common law, le recours à des lois codificatrices pourra continuer à se limiter à des champs circonscrits, malgré l'élargissement éventuel de ces champs au fur et à mesure que les codifications antérieures seront jugées probantes.